



(กยทท.)
ชั้น กักกษที่
สทช1003.10/742.255*

บันทึกข้อความ

ส่วนราชการ ส่วนงาน กสทช. ประวิทย สีสถาพรวงศา (โทร. ๓๙๗)
ที่ สทช ๑๐๐๓.๑๐/ ๗๔๖ วันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๗
เรื่อง ขอสงวนความเห็นในการพิจารณาระเบียบวาระที่ ๔.๙ ของการประชุม กทค. ครั้งที่ ๑๙/๒๕๕๗
เรียน เลขาธิการ กทค. (รทท. ก่อกิจฯ)

ตามที่ได้มีการประชุม กทค. ครั้งที่ ๑๙/๒๕๕๗ เมื่อวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๗ และในการพิจารณาระเบียบวาระที่ ๔.๙ เรื่อง แนวทางการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเดินสายเคเบิลใยแก้วนำแสงหรือสายส่งสัญญาณต่างๆ บนสะพานข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมทางหลวงชนบท ที่ประชุมได้พิจารณาและยังมีได้ให้ความเห็นชอบต่อแนวทางที่สำนักงาน กสทช. เสนอ แต่ในการจัดทำรายงานการประชุมต่อมา ฝ่ายเลขานุการ กทค. ได้สรุปมติที่ประชุมของระเบียบวาระดังกล่าวว่าให้ความเห็นชอบ ซึ่งผมได้ทักท้วงรายงานการประชุมดังกล่าวแล้ว แต่ไม่เป็นผล ดังนั้น ผมจึงต้องสงวนความเห็นและขอเปิดเผยความเห็นที่แตกต่างจากมติที่ประชุมดังกล่าว ดังนี้

“ข้อเท็จจริงในการพิจารณาระเบียบวาระนี้คือ ที่ประชุม กทค. ยังมีได้ให้ความเห็นชอบต่อแนวทางที่สำนักงาน กสทช. เสนอ เพียงแต่มีการมอบหมายให้สำนักงาน กสทช. ประสานงานทำความเข้าใจกับกรมทางหลวงชนบทอีกครั้ง แต่ในการจัดทำร่างรายงานการประชุมต่อมา ฝ่ายเลขานุการ กทค. ได้สรุปมติที่ประชุมว่าให้ความเห็นชอบ ซึ่งเมื่อมีการเสนอร่างรายงานการประชุมดังกล่าวให้ที่ประชุมรับรองในการประชุม กทค. ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๗ วันที่ ๓ กันยายน ๒๕๕๗ ในระเบียบวาระที่ ๒.๑ ผมได้ทักท้วงและให้สำนักงานตรวจสอบในประเด็นดังกล่าว โดยขอยังไม่รับรองรายงานการประชุมเฉพาะระเบียบวาระนี้ด้วย แต่ภายหลังจากนั้นปรากฏว่าตามร่างรายงานการประชุม กทค. ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๗ ระเบียบวาระที่ ๒.๑ ได้บันทึกว่ามีการรับรองรายงานการประชุม กทค. ครั้งที่ ๑๙/๒๕๕๗ โดยไม่มีการแก้ไข ดังนั้น ผมจึงจำต้องสงวนความเห็นและขอเปิดเผยความเห็นที่แตกต่างจากมติที่ประชุมที่บันทึกผลเคลื่อนดังกล่าว โดยมีสาระของความเห็นดังนี้

๑. แนวทางเชิงปฏิบัติกำกับดูแลตามที่สำนักงาน กสทช. เสนอนั้นไม่มีความหมายจริงในทางปฏิบัติ เนื่องจาก “ผู้ประกอบการที่เป็นหน่วยงานของรัฐ” ที่จะขออนุญาตจากกรมทางหลวงชนบทได้นั้นไม่มี ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๘ แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙ ประกอบประกาศผู้อำนวยการทางหลวงชนบท เรื่อง การขออนุญาตกระทำการใดๆ ในเขตทางหลวงชนบท พ.ศ. ๒๕๕๓ หลักเกณฑ์การขออนุญาตปักเสา พาดสาย วางท่อในเขตทางหลวงชนบท ข้อ ๑ กำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขออนุญาตไว้ว่า “ต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค” แต่หากพิจารณาในกรณีของบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) ที่เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๙ นั้น ถือว่ามีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นหน่วยงานทางปกครองตามความในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ต่อมาได้แปรรูปองค์กรเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยมีวัตถุประสงค์ที่

* มาตรา ๔๘ ผู้ใดมีความจำเป็นต้องปักเสา พาดสาย วางท่อ หรือกระทำการใดๆ ในเขตทางหลวง จะต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงเสียก่อน

ในการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ และผู้ได้รับอนุญาตต้องชำระค่าใช้จ่ายเขตทางหลวงตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่การกระทำตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมิได้รับอนุญาต หรือกระทำผิดเงื่อนไขให้นำมาตรา ๓๗ วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

เกี่ยวกับการให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมทุกชนิด ทุกประเภท อันมีลักษณะเป็นการได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการของรัฐในการให้บริการสาธารณะทางการสื่อสารโทรคมนาคม ทำให้จัดเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง (เทียบคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.๓๐๘/๒๕๕๓)^๒ โดยการดำเนินกิจการของทั้งสองบริษัท มีทั้งกรณีที่เป็นการค้าดำเนินกิจการทางปกครองที่ได้รับมอบหมาย และมีใช้การดำเนินกิจการทางปกครอง (เทียบคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.๓๗๓/๒๕๕๓)^๓ อีกทั้งบริษัททั้งสองได้เปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมและเป็นผู้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคมพร้อมกันไปด้วย กลายเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามหลักการและแนวทางพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยเป็นเพียงผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายหนึ่งเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นๆ แล้ว เพื่อให้มีการแข่งขันการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยเสรีและเป็นธรรม (เทียบคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕๓๕/๒๕๕๑) ประกอบกับรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชน จึงไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง เว้นแต่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง โดยอาจตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)^๔

ด้วยเหตุนี้ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) จึงมิใช่ “หน่วยงานของรัฐที่ให้บริการกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค” แต่อย่างใด

๒. เมื่อหน่วยงานทั้งสองนี้เป็นเพียงผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายหนึ่งเช่นเดียวกับผู้รับใบอนุญาตรายอื่นๆ แล้ว การที่ กสทช. จะอนุญาตให้บริษัททั้งสองเป็นผู้ดำเนินการสร้างท่อร้อยสาย และเป็นผู้ให้เช่าใช้ท่อร้อยสายกับผู้ประกอบการรายอื่นในรูปแบบเชิงพาณิชย์ ตามประกาศผู้อำนวยการทางหลวงชนบท จึงเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่บริษัททั้งสอง ซึ่งไม่อาจกระทำได้และไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นคำสั่งที่จำกัดสิทธิและเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายอื่น ในการที่จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เท่าเทียมกันหรืออย่างเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๒๖/๒๕๕๖ คดีระหว่างบริษัท เทเลคอมเอเชีย คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดี กับคณะรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี)

๓. ผมมีความเห็นเพิ่มเติมว่า สำนักงาน กสทช. ควรปรึกษาหารือแนวทางแก้ไขปัญหาในกรณีนี้และแนวทางการสร้างท่อร้อยสายกับโครงสร้างพื้นฐานอื่นกับรัฐมนตรีที่กำกับดูแลหรือผู้อำนวยการทางหลวงซึ่งเป็นเจ้าของโครงสร้างพื้นฐานสะพานหรือเขตทางหลวง เนื่องจากประกาศผู้อำนวยการทางหลวงชนบทดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะมีผลให้มติของ กสทช. ที่อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้ตามเหตุผลในข้อ ๒.”

^๒ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.๓๐๘/๒๕๕๓ เดิมผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตาม พ.ร.บ. องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๗ ต่อมาได้แปรรูปองค์กรเป็นบริษัทตาม พ.ร.บ. ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมทุกชนิด ทุกประเภท อันมีลักษณะเป็นการได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการของรัฐ ในการให้บริการสาธารณะทางการสื่อสารโทรคมนาคม ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามความในมาตรา ๓ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

^๓ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.๓๗๓/๒๕๕๓ ผู้ถูกฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยนอร์ท - เชียงใหม่) เป็นสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการบริการสาธารณะด้านการศึกษาอันเป็นกิจการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินกิจการดังกล่าวตามมาตรา ๘ แห่ง พ.ร.บ. สถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. ๒๕๕๖ ดังนั้น จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามนัยมาตรา ๓ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ทั้งนี้ เฉพาะแต่ในกรณีที่กระทำการในการดำเนินกิจการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินกิจการดังกล่าวตามกฎหมายเท่านั้น

^๔ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, “คู่มือสอบกฎหมายปกครอง”, (พิมพ์ครั้งที่ ๒) หน้า ๑๓๗ และ ๒๒๔

จึงเรียนมาเพื่อโปรดนำเนื้อหาการเปิดเผยความเห็นของผม บันทึกแนบท้ายรายงานการ
ประชุม กทค. ครั้งที่ ๑๘/๒๕๕๗ เพื่อเป็นไปตามนัยของบทบัญญัติมาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติองค์กร
จัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. ๒๕๕๓ ต่อไปด้วย จะขอขอบคุณยิ่ง



(นายประวิทย์ ลี้สถาพรวงศา)

กสทช.